

Región: Aburrá Norte
Autor: Oneidis Marcela Méndez S
Título: Ciclo vital
Técnica: Costura en entretela
Dimensiones: 150 x 50 cm

*¿DEBEN NUESTROS JUECES SER FILÓSOFOS? ¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?**

* Derechos de autor reservados (Copyright © 2000) por Ronald Dworkin. Traducción publicada con su gentil y expresa autorización. La versión original se presentó como conferencia pública en New York el 11 de octubre de 2000, honrando el nombramiento de Dworkin como Scholar of the Year del Consejo de New York para las Humanidades. La conferencia fue auspiciada por la Firma de Abogados Orrick, Herrington & Sutcliffe.

Fecha de recepción: Septiembre 12 de 2007
Fecha de aprobación: Septiembre 30 de 2007

¿DEBEN NUESTROS JUECES SER FILÓSOFOS? ¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?

*Ronald Dworkin***

Traducción: Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

Este ensayo analiza una salida al dilema por el deber o la posibilidad que tienen los jueces de ser filósofos. A partir de una valoración de dramáticos asuntos que deben resolver los jueces, y que inevitablemente los remiten a cuestiones filosóficas, se sustentará que es válido pensar que pueden ser lo suficientemente filósofos como para aliviar el punto nodal del dilema. En el proceso de toma de decisiones los jueces afrontan problemas, especialmente en las áreas del derecho público, que requieren juicios sobre cuestiones morales polarizantes que son objeto de un profundo y continuo estudio y confrontación filosóficas. Se concluye con un consejo a los jueces: sean sinceros respecto al papel que los conceptos filosóficos realmente juegan, tanto en el diseño general como en los exquisitos detalles de nuestra estructura jurídica, y sean realistas sobre el duro trabajo que afrontarán para cumplir la promesa de esos conceptos.

Palabras clave: jueces, filósofos, conceptos ordinarios-conceptos jurídicos, intuicionismo, pragmatismo, nuevo formalismo.

MUST OUR JUDGES BE PHILOSOPHERS? CAN THEY BE PHILOSOPHERS?

ABSTRACT

This essay analyzes a solution to the dilemma of whether judges must or should be philosophers. Based on an assessment of the dramatic issues that judges have to resolve and which inevitably lead them to consideration of philosophical issues, this essay supports the conclusion that it is reasonable to believe that judges can be philosophical enough to relieve the dilemma's sting. In the decision-making process, especially in the more public areas of law, judges confront problems that require judgments concerning polarizing moral issues that involve profound and continuous philosophical study and division. This essay concludes with the following advice to judges: Come clean about the role that philosophical concepts actually play both in the grand design and in the exquisite details of our legal structure, and get real about the hard work that it takes to redeem the promise of those concepts.

Key words: Judges, philosophers, ordinary concepts - juridical concepts, intuitionism, pragmatism, new formalism.

** Profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de New York y en el *University College* de Londres. Sus principales libros son: *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Life's Dominion* (1993), *Freedom's Law* (1996), *Sovereing Virtue* (2000) *y Justice in Robes* (2006).

*** El profesor Dworkin nos ha solicitado incluir esta nota en la presente traducción: "Ofrecí una conferencia diferente con un título similar, en un seminario sobre Constitucionalismo y Democracia convocado por la Oficina del Procurador General de Río de Janeiro, el 28 de noviembre de 2005". El traductor agradece, igualmente, a Roberto Gargarella por su motivación para concluir esta traducción y, con Everaldo Lamprea, por sus observaciones sobre algunos aspectos puntuales de la traducción.

¿DEBEN NUESTROS JUECES SER FILÓSOFOS? ¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?

I. El dilema: ¿los jueces *deben* o *pueden* ser filósofos?

El título otorgado a este artículo sugiere un dilema. En su labor cotidiana los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica. Por ejemplo, los jueces toman decisiones sobre cuándo las personas mentalmente enfermas acusadas de un delito, son efectivamente responsables de sus actos no obstante su condición, y sobre si una acción particular del demandado causó realmente el daño que el demandante alega, igualmente los conceptos de responsabilidad y de nexo causal son temas perennes del estudio filosófico. Los asuntos filosóficos son particularmente relevantes en el Derecho[1] Constitucional y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la acción afirmativa, el suicidio asistido y la libertad de expresión.

* ¿Un feto es una persona con derechos e intereses propios desde el momento de la concepción? Y de ser así, ¿estos derechos incluyen un derecho a no ser asesinado, incluso si la continuación del embarazo resulta seriamente perjudicial o dañina para su madre? En caso contrario ¿existe algún otro fundamento para que el Estado prohíba o regule el aborto?
* ¿Constituye una violación de los asuntos concernientes a la igualdad que una nación debe respetar a sus ciudadanos, cuando permite que las instituciones y los organismos del Estado tengan en cuenta la raza en la aceptación de los

[1] La expresión '*law*' será traducida como 'ley', 'legislación' o 'derecho' según se refiera, contextualmente, a una ley en particular (para lo cual se utilizan igualmente en inglés las expresiones "*act*" y "*statute*" cuando se trata de una ley aprobada por el Congreso y para distinguirla de los precedentes –"*judge made law*"–), al conjunto o sistema de leyes (legislación o "*the law of a state*"), o cuando el contexto planteé una referencia más amplia al derecho, es decir, a las leyes conjuntamente con los principios y las directrices de la política pública. Recuérdese que en inglés al derecho subjetivo se le denomina "*right*", mientras que al derecho general, u objetivo, "*law*". En español, por el contrario, debe agregársele el adjetivo "subjetivo" a "derecho" para distinguirlo del derecho general, u objetivo. En alemán, similar al castellano, un concepto designa tanto el derecho objetivo como el subjetivo ("*Recht*"), pero para distinguir el segundo del primero, se dice que "se tiene el derecho a –por ejemplo– el mínimo vital" ("*ein Recht haben auf existenzminimum*"). *Gesetz* hace referencia a una ley particular, por lo que a la Constitución ("*Verfassung*") también se le denomina "*Grundgesetz*", o ley fundamental [*N. del T.*].

Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXIV. Nº 144, diciembre 2007.
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia

aspirantes a las universidades y a las escuelas profesionales? ¿Es esto distinto del hecho de tratar de forma diferente a los aspirantes dependiendo de su puntaje en las pruebas de aptitud o de su habilidad para el baloncesto?

* ¿Siempre debemos asignar los recursos escasos sobre la base del mérito? ¿Qué significa "mérito"?
* ¿Los gobiernos respetables violan principios fundamentales al negar a los ciudadanos agonizantes el derecho a morir cuándo y cómo ellos desean? ¿El que los ciudadanos tengan un derecho a la independencia moral en sus decisiones, significa que la manera como deben morir es su decisión personal? ¿Tal derecho hace parte del concepto mismo de libertad ordenada [*ordered liberty*], el cual ha dicho la Suprema Corte que es la función que debe proteger la cláusula del debido proceso?
* ¿Cuál es la conexión entre el aborto y el suicidio asistido? ¿Si la Constitución concede a las mujeres embarazadas el derecho al aborto, como la Suprema Corte ha decidido, se sigue que también concede a los pacientes moribundos el derecho a decidir cómo y cuándo morir? ¿Cuál es el papel, en la controversia por el suicidio asistido, de la distinción frecuentemente citada entre "matar" y "dejar morir"? ¿Hay una diferencia moralmente relevante entre el acto negativo de abstenerse a otorgar el soporte artificial necesario para mantener una vida y el acto positivo de prescribirle píldoras letales a una persona?
* ¿Por qué se le exige al gobierno que otorgue una protección especial al derecho de libertad de expresión? ¿Tal derecho incluye el derecho de los ciudadanos intolerantes a referirse a las minorías en términos insultantes y ofensivos? ¿Incluye el derecho de los candidatos a puestos políticos de elección popular a gastar todo el dinero que puedan recaudar en sus campañas, o el derecho de los donantes a contribuir a las campañas electorales con todo el dinero que deseen?

Éstas no son esencialmente preguntas empíricas que puedan resolverse por la ciencia, la economía, la sociología o la historia. Indudablemente los hechos y las predicciones importan (algunas veces decisivamente) cuando los confrontamos. Pero el punto importante en cada una de ellas radica en cuestiones de valores, no de hechos, los cuales nos conciernen no sólo por el compromiso de resolver y aclarar principios, sino porque nos obligan a reflexionar sobre los puntos concretos y la correcta aplicación de tales principios, además de las relaciones y posibles conflictos entre ellos. Esa es la vocación de los filósofos morales y políticos. Los jueces y los

filósofos no comparten simplemente temas y asuntos entrecruzados [*overlapping*][1], como los astrónomos y los astrólogos. Por el contrario, los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución.

Por tanto, parecería natural esperar que los jueces tengan alguna familiaridad con la literatura filosófica, así como esperamos que la tengan con la economía y, en el caso de los jueces constitucionales, con la historia constitucional. No podrían, por supuesto, simplemente buscar las respuestas a los problemas filosóficos que aparecen en algunos manuales o en el estado del arte, porque los filósofos discrepan radicalmente sobre las mejores teorías de la responsabilidad, el nexo causal, lo que significa "persona" [*personhood*], la igualdad y la libertad de expresión, y sobre si "dejar morir" es lo mismo que "matar". Pero eso difícilmente justifica que los jueces ignoren lo que han escrito los filósofos: sería insultante, tanto para los jueces como para los filósofos, asumir que los primeros no se podrían beneficiar del estudio de las teorías diferentes y opuestas de los segundos, de igual manera como los filósofos se benefician leyendo los escritos de los abogados que defienden tesis opuestas en una discusión. Lo que hacen los jueces es de una gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el Derecho Constitucional, para la gobernabilidad de la Nación. ¿Si los problemas que afrontan han sido debatidos por personas educadas, hombres y mujeres, que les dedicaron sus vidas a estas cuestiones, cómo los jueces pueden ignorar de manera responsable lo que estas personas han escrito?

Esa es la primera parte del dilema (*¿deben* nuestros jueces ser filósofos?). Ahora consideremos la segunda (*¿pueden* ser filósofos?).

Parece muy poco realista pedirle a los jueces que intenten obtener una formación de pregrado en filosofía y así logren adquirir una mayor comprensión de la exigente, milenaria y enorme literatura filosófica. Además de carecer de tiempo, los jueces considerarían absurdo que les endilgaran nuevas responsabilidades como las de atender de golpe cursos en los cuales aprendan las tesis y los argumentos principales de, inclusive, los filósofos morales y políticos contemporáneos más importantes, tales como Thomas Nagel, John Rawls, Thomas Scanlon o Bernard Williams (sin contar a los grandes filósofos clásicos). Incluso si, por una excepcional combinación de dedicación y estudio, la mayoría de jueces se convirtieran conscientemente

1 '*Overlapping*' se traduce como 'entrecruzado' para darle el mismo matiz que en el sentido en el que se traduce el '*overlapping consensus*' rawlsiano. [*N. del T.*].

en filósofos, no quisiéramos que redactaran sus fallos en el lenguaje propio de la filosofía profesional, ya que sus escritos deben ser *más* accesibles al público en general, y no menos. ¿Realmente quisiéramos encontrar a nuestros jueces divididos en partidos filosóficos, con Kant, por ejemplo, dominando el Segundo Circuito, y Hobbes el Séptimo? ¿Acaso no sería una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?

Los jueces tienen que ser filósofos, pero no pueden y quizás no deberían ser filósofos. Este es el dilema que pretendo plantear, y hay dos maneras para intentar escapar de él. Podríamos argumentar que no es verdad, después de todo, que los jueces tengan que ser filósofos, o podríamos argüir que, después de todo, tampoco es verdad que no puedan ser filósofos: podríamos entonces llegar a pensar que pueden ser lo suficientemente filósofos como para aliviar el aguijón del dilema. La primera de estas rutas de escape es en gran medida la más popular y le dedicaré las siguientes secciones. Sin embargo, si estoy en lo correcto, entonces todas las estrategias en esta dirección de escape fallarán y tendremos que considerar, después, qué tan exitosa será la segunda ruta de escape.

II. Los conceptos, la historia jurídica y la intención original

Afirmo, justo ahora, que a los jueces les preocupan los mismos conceptos que los filósofos han estudiado a lo largo de toda la historia. Pero esta afirmación podría ser objetada si, a pesar de la primera impresión, no es cierto, entonces, que los jueces pueden sin riesgo alguno ignorar la filosofía. La forma más dramática de la objeción dice que los conceptos que usan los abogados y los jueces (tales como "responsabilidad", "nexo causal", "igualdad", "libertad", entre otros) se refieren en realidad a conceptos estrictamente jurídicos que son diferentes de los conceptos del lenguaje ordinario con los que los filósofos aplican estas palabras. Si bien es cierto que algunas veces los abogados utilizan las mismas palabras y de la misma forma que son utilizadas en el lenguaje ordinario, hay que enfatizar en que lo hacen con significados muy diferentes: cuando un abogado dice que un contrato no es obligante a menos que se den ciertas "consideraciones", esta palabra tiene muy poco que ver con la idea ordinaria de "consideración". Pero es llamativamente dudoso que esto sea verdad respecto a los conceptos que he nombrado. Los hombres de Estado y los jueces que estipularon que nadie debe ser castigado si no es responsable de sus actos, o que las personas deben ser tratadas como iguales ante la ley, quisieron llevar a la práctica jurídica los juicios morales y los principios bien conocidos y, por lo tanto, emplearon los conceptos ordinarios en los cuales se expresan estos juicios y

principios. Si, por el contrario, supusiéramos que los legisladores estuvieron exhibiendo conceptos jurídicos especiales y completamente diferentes, para los cuales usaron las mismas palabras para designarlos ("responsable" e "igual"), creeríamos entonces que lo hicieron de manera perversa o infundada.

Hay, sin embargo, una forma más sofisticada y convincente de la misma objeción. La práctica jurídica y los precedentes configuran a menudo el significado de una palabra tomada del lenguaje ordinario, de tal manera que la libertad que tiene el juez frente a un caso actual de interpretar esas palabras de acuerdo con una teoría o esquema filosóficos, podrá estar muy limitada. El derecho penal, el de propiedad, el de contratos y el civil extracontractual, deben ser estructurados principalmente por reglas técnicas cuya aplicación pueda ser previsible con un razonable grado de confianza por los ciudadanos, los propietarios de bienes inmuebles, los testadores, los hombres de negocios y las compañías de seguros, razón por la cual los precedentes tienen un alto valor en estas áreas. Si un precedente determina lo que debe entenderse como responsabilidad en el derecho penal, o como nexo causal en el derecho civil extracontractual, y un juez no es libre de modificar o abolir tal precedente, ¿por qué debe entonces averiguar si algún filósofo ha presentado objeciones convincentes a lo que un precedente ha establecido?

Pero aunque los precedentes limitan la responsabilidad de los jueces para efectuar nuevas comprensiones de los conceptos centrales del derecho, no los exime, incluso en las áreas del Derecho Privado, de esa responsabilidad. Inevitablemente los jueces confrontarán nuevos casos con nuevos giros que los obligarán a desarrollar los conceptos de maneras que no han sido anticipadas por los precedentes y, cuando lo hagan, emplearán necesariamente sus propios criterios sobre cuándo las personas son, de hecho, responsables de lo que hacen, o cuándo un acontecimiento determinado es realmente la causa de otro, y demás. Es cierto que incluso en los "casos difíciles" los jueces tienen la responsabilidad de respetar la integridad con la historia jurídica pasada: no deben apelar a los principios que no tienen fundamento en las decisiones anteriores y en la doctrina. La integridad debiera prohibir lo que podríamos llamar filosofía excéntrica o poco convencional [*outré*]: si la reflexión sobre mecánica cuántica condujera a algunos filósofos a una nueva perspectiva radical de la causalidad (incluso más escéptica, digamos, que la de Hume) los jueces no tendrían la responsabilidad de evaluar ese nuevo desarrollo, por lo menos hasta cuando fuese aceptado por la comunidad en general. Pero de nuevo, aunque estas exigencias de integridad limitan la libertad de los jueces, ellas no transforman los conceptos legales en algo diferente de los conceptos ordinarios a partir de los cuales surgieron: incluso si un juez limita su atención a las doctrinas de la causalidad que

no parecerían extrañas al derecho, tendrá que dejar de lado en el camino mucha literatura filosófica.

Por otra parte, en las áreas más públicas del derecho, de las cuales me estoy ocupando principalmente aquí, la necesidad que tienen los jueces de confrontar asuntos filosóficos es más grande y evidente. Los jueces constitucionales toman elecciones filosóficas no de manera ocasional cuando se presenta algún caso particularmente difícil, sino como una cuestión de rutina. La alusión a la "libertad de expresión" contenida en la Primera Enmienda se refiere a la misma libertad que los filósofos liberales han celebrado y explorado, y si un juez debe determinar si a una forma particular de expresión –publicidad comercial, por ejemplo– la cobija esa misma libertad, afrontará las mismas cuestiones que están en la base de los principios que incontables filósofos políticos han escrito en numerosos libros al respecto. Por supuesto que, incluso en el derecho constitucional, los precedentes son un determinante de crucial importancia en una decisión judicial y limitan la libertad del juez para formar un concepto constitucional a partir de su propia teoría del concepto moral del cual se deriva. Pero los casos que requieren nuevos juicios son más frecuentes en el derecho constitucional. En las decisiones judiciales que se toman en el derecho privado, los casos nuevos son difíciles debido a que, generalmente, se encuentran en las fronteras de lo que se está decidiendo. En la decisión judicial de los asuntos constitucionales, por otra parte, los casos son difíciles a menudo no porque se encuentren en los bordes extremos de la doctrina, sino porque cuestionan los fundamentos que están en la base de la doctrina. La pregunta de si el derecho a la libertad de expresión, apropiadamente entendido, protege el lenguaje cargado de odio, ofensivo o insultante hacia minorías perseguidas, por ejemplo, o si una cierta prohibición de tal expresión es necesaria en una sociedad genuinamente democrática, requiere plantear una reflexión sobre algunos de los asuntos más profundos de la moralidad política. Los precedentes vinculantes son menos perceptibles en tales casos, y los jueces que piensan que un precedente en particular es incorrecto porque limita indebidamente los derechos individuales más importantes, tienen menos razón para respetarlo que los jueces que piensan que era incorrecto algún precedente establecido en el Derecho Consuetudinario [*Common Law*][2].

[2] Prefiero traducir *Common Law* como 'derecho consuetudinario' en lugar que como 'derecho común', pues con el adjetivo 'común' sólo se hace referencia a su constitución genealógica cuando un emisario real iba de pueblo en pueblo resolviendo los conflictos mayores y haciendo el mandato del soberano el "derecho común" de todo el país. Este concepto ha sido superado por su propia historia, ya que si bien el *Common Law* surgió a partir de las costumbres que constituirían en lo sucesivo la normatividad aplicable en todo el país, constituyendo un "derecho común" a todo el territorio, actualmente se refiere más a un cuerpo o sistema de derecho basado en la costumbre y en principios generales que, principalmente, se encuentra contenido

Debemos considerar, finalmente, una tercera forma del argumento que ha tenido singular importancia en el derecho constitucional, según el cual los jueces y los filósofos tienen diferentes objetivos. Esta forma comienza concediendo que los principales conceptos constitucionales de las enmiendas Primera y Decimocuarta, por ejemplo, son de hecho los mismos conceptos que los filósofos han estudiado. Pero insiste en que los jueces no deben tener el propósito de encontrar la mejor teoría de la responsabilidad, de la libertad, o de lo que significa "persona" –en virtud de lo cual sería concebible que acudieran a la ayuda de los filósofos para que las encontraran–, sino que más bien insiste en que los jueces deben tener el propósito de descubrir la mejor teoría de quienes hicieron estas ideas parte del pensamiento jurídico, lo cual es una cuestión histórica, no filosófica.

Este modelo de buscar la "intención original" en la decisión judicial en asuntos constitucionales, es menos popular ahora entre los estudiosos del derecho constitucional de lo que una vez fue, y sus objeciones son bien conocidas. Pero incluso si aceptáramos el modelo, no ofrecería ningún escape del dilema que describí, porque entrelazaría *más* el derecho constitucional con cuestiones filosóficas, no menos. Los jueces que aceptan tal modelo deben afrontar un conjunto de preguntas que están entre las cuestiones que los dejan más perplejos en filosofía de la mente, filosofía del lenguaje y filosofía política. Podemos querer decir cosas muy diferentes cuando nos referimos, como un recurso interpretativo, a la teoría, la intención o la comprensión de un numeroso grupo de personas tales como quienes redactaron conjuntamente la Constitución y sus enmiendas. Pero algo que no podemos indicar o significar de forma comprensible es la teoría, la intención o la comprensión compartida por todos ellos, pues de hecho la mayoría presumiblemente no tenían en absoluto teoría alguna, por ejemplo, sobre el punto en el que debía protegerse la libertad de expresión, y quienes en cambio efectivamente la tenían, posiblemente discrepaban entre ellos.

en los precedentes judiciales. Oliver W. Holmes caracteriza sucintamente el derecho consuetudinario cuando escribe que para presentar una perspectiva general del *Common Law* "otras herramientas son necesarias además de la lógica. Se debe mostrar que la consistencia de un sistema requiere un resultado particular, pero eso no es todo. La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas del tiempo, la prevalencia de las teorías morales y políticas, intuiciones de la política pública, admitidas o inadvertidas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, habían tenido que ver más que con el silogismo en la determinación de las reglas por medio de las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos, y no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas". Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964, "Lecture I. Early Forms of Liability". [*N. del T.*].

¿Entre las posibilidades interpretativas restantes, cuál debemos adoptar? Incluso si fuéramos a elegir, arbitrariamente, un individuo particular cuyas opiniones aceptaríamos como decisivas (digamos, el primer redactor que escribió la mayor parte de la cláusula en cuestión, asumiendo que alguien efectivamente lo hizo) nuestras dificultades filosóficas apenas comenzarían. Supongamos que descubrimos (lo cual parece bastante probable, dado el lenguaje que empleó) que el redactor principal de la cláusula de igual protección contenida en la Enmienda Decimocuarta, tenía el propósito de que las personas fueran consideradas como iguales ante la ley de acuerdo con la *mejor* comprensión de lo que eso significa, y no de acuerdo con su *propia* comprensión en ese entonces (la cual podría haber considerado como incompleta).

¿Qué consideración especial requeriría dispensársele a la intención original en estas circunstancias? ¿Un juez contemporáneo estaría comprometido con la intención original que sería, entonces, requerida para interpretar la cláusula de acuerdo con lo que el redactor realmente intentaba promulgar? De ser así, ¿no lo remitiría a la filosofía política que la doctrina de la intención original prometía evitar? ¿No debemos preguntar, para decidir cuestiones como éstas, *por qué* los jueces deben considerar en su labor a la intención original? La respuesta, podría decirse, descansa en la democracia o en el Estado de Derecho. Pero tenemos que elegir entre las concepciones rivales de esos ideales notablemente abstractos para decidir qué respuestas pueden ofrecer a las preguntas que nos dejan perplejos; ejercicio que nos involucraría en cuestiones filosóficas aún más complejas: ¿Qué, después de todo, es la democracia? ¿o el Estado de Derecho?

III. Instinto e intuición

Así, la primera ruta de escape (que los jueces y los filósofos, después de todo, no comparten un tema y un objetivo común) es una ilusión, al menos para los conceptos jurídicos más importantes, incluyendo los propios conceptos constitucionales. Por lo tanto debemos considerar otra forma más ambiciosa de negar la primera parte del dilema que he presentado.

Podríamos recomendar, primero, que los jueces decidan las cuestiones filosóficas guiados por su instinto primario o por sus reacciones viscerales, en lugar de consultar a los filósofos. En los casos de suicidio asistido a la Suprema Corte se le requirió que decidiera si hay una diferencia moralmente relevante entre un doctor que retira el soporte artificial de la vida de un paciente ansioso de morir –que la Corte, en

efecto, ha sostenido que los Estados pueden dejar de prohibir– y un doctor que ayuda al suicidio de una forma más activa prescribiendo píldoras que le permitirían a un paciente por sí mismo acabar con su vida, por ejemplo, o inyectándole una sustancia letal a un paciente que ruega por su propia muerte y es incapaz de tomar píldoras. ¿Si un Estado puede abstenerse de prohibir la primera conducta, tiene el derecho de prohibir la segunda? Este es un aspecto de una antigua discusión filosófica –¿cuándo dejar morir a alguien es algo moralmente diferente de matarlo?– y los magistrados de la Suprema Corte podrían haber consultado la literatura filosófica e intentado explicar de qué lado de la discusión se ubicaron al momento de decidir, y por qué. Por supuesto que muchos ciudadanos que tomaron el otro lado de la discusión, bien podrían no haberse convencido por el argumento de la Corte, pero habrían sabido que los jueces de la Suprema Corte tenían serias dudas sobre el caso desde su propio punto de vista, y habrían intentado explicar por qué lo encontraron poco persuasivo. De acuerdo con la sugerencia que estamos considerando ahora, sin embargo, no deben hacer esto. Deben ignorar a los filósofos y exponer simplemente su reacción inmediata y no estudiada sobre el tema en discusión.

El Magistrado de la Suprema Corte Byron White, dijo una vez que aunque no podría definir la obscenidad, sabría que algo es obsceno en cuanto lo viera. Nuestra nueva sugerencia generaliza esa estrategia: los jueces no deben tratar de analizar conceptos o ideas filosóficas difíciles, sino que solamente deben informar su reacción instintiva. Si un juez intuitivamente siente que le está permitido a un doctor retirar el soporte artificial de la vida cuando un paciente se lo exige concientemente, pero no prescribirle píldoras letales, no debe preocuparse sobre si podría defender esa distinción mediante un argumento razonado, sino que apenas debe afirmar que es así como lo siente, o como la mayoría de gente siente, o como alguien del mismo grupo lo siente.

Esta sugerencia ha tenido algunos distinguidos proponentes judiciales. Oliver Wendell Holmes dijo que juzgó si un procedimiento usado por la policía para obtener evidencia violaba la cláusula del debido proceso, preguntando si tal procedimiento lo hacía sentir nauseas. (Esa pudo haber sido la fuente del adagio del así llamado “realista jurídico” de que la justicia depende de lo que el juez desayunó). Pero uno de los aspectos más valiosos de la decisión judicial (y, en efecto, considero que la legitimidad de la decisión judicial como instrumento de gobierno, depende de esto) es que los jueces deciden con base en razones y explican sus razones. ¿Qué (con excepción del deseo de ahorrarse una tarea difícil) podría justificar a los jueces de decidir casos crucialmente importantes de una forma aparentemente arrogante o desdeñosa?

Puedo pensar en dos argumentos, pero ambos, de nuevo, forman más obstáculos filosóficos que los que resuelven, porque dependen de posiciones filosóficas altamente controversiales. Si tales argumentos constituyen las razones que nosotros acordamos para explicar por qué los jueces no necesitan ser filósofos, entonces los jueces tendrían que convertirse en filósofos para entenderlos. El primero de estos dos argumentos se aplica particularmente a los conceptos que he tomado como ejemplos más frecuentes: los conceptos morales que figuran en las decisiones judiciales en materia constitucional. El argumento descansa sobre una tesis filosófica llamada "intuicionismo", la cual sostiene que las personas –o, en cualquier caso, las personas correctas– tienen facultades naturales que les permiten intuir directamente la verdad sobre cuestiones morales, sin apoyarse en algún argumento o reflexión. (De acuerdo con algunas versiones del intuicionismo, la reflexión y los argumentos, de hecho, entorpecen el sentido de justicia). El intuicionismo no es actualmente aceptado por los filósofos morales, al menos en la rama angloamericana de ese campo, pero por supuesto que de ahí no se sigue que es equivocado o incorrecto. Bien podría ser revivido en una década o en un día y así convertirse en la preferencia filosófica del mes. Sin embargo, esto enfrenta serias dificultades que parecen descalificarlo porque serviría de justificación a los jueces que no quisieran dar razones en sustento de sus decisiones. Dicha tesis filosófica depende de una supuesta capacidad humana intrínseca para la intuición no reflexiva y no argumentada, sobre un modelo de percepción sensorial (pero es un total misterio cómo los hechos morales podrían interactuar concebiblemente con un sistema nervioso humano). Y suponer que los seres humanos como especie tienen esta capacidad, entra en contradicción con la gran diversidad y los numerosos conflictos que se presentan entre ellos por las opiniones morales. Los intuicionistas insisten en que la perspectiva de algunas personas está nublada. Pero parece que no tenemos forma de decidir cuál visión está nublada (cuáles capacidades son defectuosas para la intuición), excepto preguntando si están de acuerdo con nosotros sobre las cuestiones morales, y esto también parece insatisfactorio.

El segundo argumento a favor de instruir a los jueces para que decidan con base en juicios instintivos, inmediatos o irreflexivos, también se aplica con una fuerza particular a los conceptos morales. Este es el "escepticismo moral", en virtud del cual no hay respuesta correcta a las así llamadas cuestiones filosóficas, como en qué consisten la personalidad, la libertad, la igualdad o la democracia, razón por la cual los jueces no deben derrochar tiempo investigando cada una. Puesto que cualquier respuesta es sólo una elección, con nada más profundo que la fundamente, los jueces desempeñan mejor su labor respondiendo inmediatamente las preguntas que les

preocupan: ahorran tiempo y energía para otros asuntos. (Holmes, el autor de la prueba de la nausea [*puke test*], fue un apasionado y comprometido escéptico moral, y gran parte de su vida y de sus escritos son explicables sólo cuando consideramos este hecho en toda su amplitud). De nuevo, como dije antes, este argumento para ignorar la filosofía depende de una controvertida posición filosófica. (Desde mi punto de vista, es una posición indefendible y, de hecho en sus formas más populares ahora, es también incoherente[3]). La mayoría de los jueces no son como Holmes: no son escépticos morales, y el argumento de que pueden ignorar la filosofía porque el escepticismo es correcto, no les parecerá una mejor razón a ellos de lo que me parece a mí y, espero, que a ustedes también.

IV. Pragmatismo

Hasta ahora hemos sondeado y descartado dos vías de escape del dilema que describí, negando la primera parte de tal dilema –que los jueces tienen que ser filósofos–. No podemos escapar diciendo que la historia ha formado los conceptos jurídicos de la relación causal, de lo que significa "persona" o de la igualdad, de tal manera que ahora son conceptos diferentes de aquellos estudiados por los filósofos. La historia de hecho ha formado los conceptos jurídicos, pero siguen estando permanentemente abiertos al desarrollo, y los jueces deben hacerse las mismas preguntas que se hacen los filósofos cuando desarrollan tales conceptos (así como otros) en sus decisiones. Tampoco debemos intentar escapar diciendo que los jueces actúan de la mejor manera posible al contestar estas difíciles preguntas, cuando responden de acuerdo con sus instintos inmediatos sin ningún tipo de estudio o reflexión.

Sin embargo, hay una tercera estrategia posible que recientemente ha obtenido una gran popularidad entre los abogados académicos. Muchos de ellos sostienen que los jueces evitan los problemas que han ocupado a los filósofos durante siglos (tales como lo que realmente significan la responsabilidad, la relación causal, la igualdad o la libertad de expresión, o si dejar morir es realmente diferente de matar) acogiendo una tradición filosófica diferente y aparentemente radical, llamada pragmatismo, la cual los anima a preguntar, en cambio, si el uso de estos conceptos por parte del juez marca una verdadera diferencia en cuanto al futuro de la comunidad y, de ser así, cuál de los posibles usos produciría un mejor futuro. En lugar de permitir cuestiones tan controvertidas que suscitan rompecabezas filo-

[3] Ver mi ensayo: "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It". En: *Philosophy & Public Affairs,* Vol. 25, No. 2, (Primavera) 1996.

sóficos altamente abstractos (como, por ejemplo, si los estados pueden prohibir el aborto o si un feto tiene por sí mismo derechos e intereses), debemos enfocarnos en temas mucho más prácticos y manejables que no requieran de la filosofía para responderse: ¿Prohibiendo el aborto se producirían mejores consecuencias para la comunidad en el largo plazo?

Por supuesto que las posturas filosóficas tienen sus "cuartos de hora" de fama, y el pragmatismo y su hermana incluso más de moda, la sociobiología, estuvieron en boga a través del paisaje académico por un tiempo, y lo siguen estando en las Facultades de Derecho donde las modas del momento pierden fuerza y finalmente mueren. Pero en el contexto actual, por lo menos, el pragmatismo es vacío y no ofrece ninguna ayuda para escapar de nuestro dilema. El pragmatismo nos dice que los jueces pueden dejar a un lado los rompecabezas intelectuales abstractos sobre el aborto, y preguntar sólo si las consecuencias serán mejores si se les prohíbe a las mujeres que les sean practicados abortos. Pero no podemos decidir si las consecuencias de una decisión constitucional son mejores que las consecuencias de una decisión diferente sin confrontar, de nuevo, los mismos asuntos filosóficos que el pragmatismo espera evitar.

Si el aborto está constitucionalmente protegido, asumamos que habrá más abortos y menos mujeres cuyas vidas han sido marchitadas con un hijo indeseado. (Por supuesto que también habrá muchas otras consecuencias, algunas más difíciles de predecir, pero éstas se cuentan dentro de las más destacables). ¿Estas consecuencias bien conocidas, consideradas por ellas mismas, significan que las cosas han ido mejor?, ¿o peor? ¿Cómo podemos decidir sobre abortar sin decidir antes, en efecto, si el aborto es un homicidio? Si esto es así, entonces las cosas no han ido mejor, no importa cuan mucho parezcan ir de otras maneras. Supóngase, de otra parte, que los tribunales hayan decidido que un aborto *no* está constitucionalmente protegido, y que muchos Estados lo hubieran continuado declarando criminal. La cuestión lentamente se desvanecería de la controversia pública y cada uno habría aceptado una posición en la cual, por ejemplo, las mujeres con suficientes recursos económicos podrían haber viajado a los Estados donde el aborto fuera permitido y quienes no pudieran viajar hubieran tenido sus hijos sin lamentarse por ello. Desde un punto de vista, las cosas habrían ido mucho mejor: habría habido menos enfrentamiento público. Pero no podríamos determinar si las cosas han funcionado mejor en conjunto, sin decidir si las mujeres a las que se les habían negado abortos, o a las que se les hizo incurrir en grandes costos monetarios y problemas para lograrlo, fueron tratadas injustamente. Por supuesto que podemos pensar que el tratamiento injusto para algunos depende de si la comunidad, en su conjunto, es más feliz (o está menos dividida, por lo menos) como resultado de negar abortos. Pero si tenemos el derecho a pensar que aún depende de otro debate moral de alcance filosófico, es si el utilitarismo es una postura filosófica verdadera. Así, el pragmatismo es una postura vacía que no llega a nada porque la prueba que propone (¿son buenas las consecuencias?) divide a las personas precisamente *porque* discrepan sobre las mejores respuestas a las preguntas que el mismo pragmatismo intenta evitar.

V. El nuevo formalismo

La sorprendente popularidad de esa teoría vacía (es decir, el pragmatismo) demuestra aún más que el dilema que describí al principio es profundo y preocupante. Dado que realmente caló entre los abogados norteamericanos hace algunas décadas, el positivismo jurídico formalista es una consideración desesperadamente inadecuada de lo que hacen los jueces norteamericanos, en tanto han temido afrontar una alternativa, a saber, que el proceso de toma de decisiones judiciales requiere juicios sobre cuestiones morales tan profundas y polarizantes que son objeto de un intenso y continuo estudio y confrontación filosóficas. Parece horroroso que los jueces, quienes son nombrados en lugar de elegidos, deban tener el poder de imponer a los litigantes y a la nación un conjunto de respuestas a tales preguntas tan persistentes. Pero la idea de que los jueces pueden decidir casos difíciles de alguna manera, incluyendo casos difíciles en materia constitucional, cambiando su enfoque a partir de principios controversiales hacia hechos demostrables y sus consecuencias, es precisamente otro ejemplo de la lamentable disposición de algunos eruditos jurídicos a ocultar sus cabezas en la arena. Ya es hora de que la profesión jurídica confronte abiertamente el hecho de que los ciudadanos norteamericanos están profundamente divididos en cuestiones morales, que las decisiones judiciales inevitablemente suponen tales cuestiones y que los jueces tienen la responsabilidad de admitir esto y de explicar por qué han tomado cualquiera de las posiciones que sostienen.

Sin embargo, hay otra posibilidad. Si el derecho tal como está instituido actualmente (como la historia y la práctica lo han conformado) versa sobre conceptos de dimensiones filosóficas, si todos los variados recursos que pudiéramos construir para permitirles a los jueces decidir los casos sin involucrarse ellos mismos en controversias interminables sobre si esos conceptos deben fallar, si encontramos poco realista e inaceptable el que deban convertirse ellos mismos en filósofos, entonces nos queda solamente una posibilidad: podemos transformar el derecho tal como está en un mejor derecho, adaptado a unos jueces más disciplinados y menos ambiciosos. De esta manera, debemos volver, finalmente, a la opción escapatoria más

radical que ha sido ofrecida, la cual se ha denominado "nuevo formalismo". Jeremy Bentham, quien odió la institución que llamó "Juez y compañía" [*Judge & Co*.], alegó que el poder de los jueces para actuar como filósofos debe ser restringido mediante la codificación de toda ley, de manera tal que las decisiones judiciales realmente fueran mecánicas. Aunque esto le parezca sorprendente a un abogado de mi generación, el espíritu de Bentham está más vivo ahora que hace dos siglos. Hay un entusiasmo creciente por un sistema jurídico que posibilite que la decisión judicial se vuelva cada vez más mecánica.

Encontramos este nuevo entusiasmo en la obra de varios estudiosos y de jueces que difieren entre ellos de muchas maneras: Thomas Grey, Antonin Scalia, Frederick Schauer y Cass Sunstein, por ejemplo. El objetivo compartido de los nuevos formalistas (lo que tienen en común estas figuras tan diferentes entre ellas) es un deseo de cambiar el derecho y la práctica jurídica de forma tal que reduzca el ámbito de las valoraciones y los juicios que dejan abierta la posibilidad de que los jueces decidan lo que es el derecho. Recomiendan una variedad de estrategias, desde la codificación (al estilo de Bentham), a instar a los jueces para que realicen nuevas doctrinas que constituyan reglas rígidas e inflexibles que, en su momento, puedan ser aplicadas mecánicamente (en lugar de sólo ofrecer principios generales), hasta la propuesta de Scalia de la interpretación de las leyes [*statutory interpretation*] en virtud de la cual los jueces no deben especular sobre las intenciones o los propósitos que los legisladores pudieron haber tenido al momento de hacer las leyes que efectivamente hicieron, sino que exige que sea aplicado el significado más literal de lo que realmente dijeron.

El nuevo formalismo también es el responsable de un nuevo entusiasmo por la doctrina de la "intención original" en la decisión judicial de asuntos constitucionales, la cual discutí anteriormente. El primer respaldo hacia esta doctrina fue semántico e interpretativo: sus defensores insistieron en que la Constitución, tal como está establecida actualmente, consiste en la comprensión contextual de los conceptos morales que emplea tal documento político, y no en la mejor comprensión de tal tipo de conceptos. La versión de los nuevos formalistas no es semántica sino estratégica, pues impulsa a los jueces a buscar la intención original, no de la razón positiva que representa lo que realmente significa la Constitución, sino de la razón negativa de los jueces quienes deciden casos de forma tal que no necesiten desplegar sus propias convicciones morales o filosóficas. Como ya he argumentado, esta estrategia debe fallar en la consecución de su objetivo: no es una forma de permitir que los jueces escapen de la filosofía, sino de involucrarlos más profundamente dentro de la controversia filosófica.

Pero debemos considerar los méritos del nuevo formalismo como estrategia general. No puede ser una razón para aceptar el regreso a la teoría jurídica mecánica [*mechanical jurisprudence*] que precisamente librara a los jueces de tomar decisiones difíciles o controversiales. Esto permitiría que la cola meneara al perro, pues primero debemos decidir con qué clase de estructura jurídica deseamos ser gobernados, y luego hay que determinar qué rol tienen que desempeñar los jueces en tal estructura. Podemos tener algunas razones para querer ser gobernados por un grupo de reglas más mecánicas, y estas pueden ser buenas razones en algunas áreas del derecho –particularmente en las del Derecho Privado–. Podemos creer que trabajamos mejor en estas áreas pidiéndoles a los jueces que limiten sus intervenciones en los asuntos de la gente, a lo que es estrictamente necesario bajo leyes rígidas e inflexibles que un cuerpo legislativo elegido ha creado, dejándole a la legislatura el decidir cuando algunas clarificaciones o cambios en estas reglas sean deseables. Sin embargo, no estoy convencido de esto y creo que perderíamos más de lo que ganaríamos extendiendo el domino del derecho en el cual las decisiones judiciales sean mecánicas.

Cuando volvemos al tema de mis ejemplos principales –derecho constitucional– las objeciones que he planteado hacia el nuevo formalismo se encauzan más profundamente: derribarían los supuestos que se encuentran en la base de toda nuestra empresa constitucional, cual es que los ciudadanos tienen derechos que deben ser protegidos de los cambios y de los veredictos auto interesados de las instituciones mayoritarias. Como dije antes, la vieja escuela de la intención original asumía como un asunto de semántica y de historia, que esos derechos están limitados a la forma cómo los comprendieron los hombres de estado fallecidos tiempo atrás. Tal vieja escuela creyó que estaba resguardando el acuerdo constitucional tal como realmente es. Los nuevos formalistas en el derecho constitucional no hacen tal suposición, pues sus argumentos son revolucionarios, mas no interpretativos. Aceptan que el cambio que proponen disminuirá notablemente el poder de los jueces para hacer cumplir lo que consideran derechos constitucionales de las personas. Esa es su meta y establecen la doctrina de la intención original sólo como una manera conveniente para llevar a cabo ese cambio, mediante la retórica a la que está acostumbrada el público. La retórica hace que el cambio parezca menos radical de lo que es realmente.

¿Qué justificaciones podríamos encontrar para esa dramática transformación de nuestra práctica? Podríamos decir, primero, que el cuerpo legislativo hará un mejor trabajo que el que hacen los jueces identificando y haciendo cumplir los verdaderos derechos constitucionales: que el cuerpo legislativo será mejor en la filosofía que

lo que son los jueces. Pero eso es poco convincente. O podría decirse, en segundo lugar, que nuestra Constitución tal como es actualmente, no es democrática y que el cambio en el poder mejoraría nuestra democracia. Pero esa afirmación descansa en una peculiar definición de democracia (que significa solamente la voluntad de la mayoría) y esa afirmación es en sí misma ajena a nuestra historia. Estas no parecen razones adecuadas para pretender que nuestra Constitución es sólo un accidente histórico: sólo la codificación de opiniones políticas concretas y de las creencias y convicciones bien difundidas entre la élite de los hombres de Estado y de los políticos en los siglos XVIII y XIX. Esto sería una traición de nuestra herencia política, incluyendo una traición de lo que los hombres de Estado y los políticos fundadores pensaron que estaban creando. Para bien o para mal –seguramente para bien– creemos que nuestra legislación en general, y que nuestra Constitución en particular, descansan sobre principios y no sobre un accidente histórico, y sería un gran traspiés en nuestro propio entendimiento colectivo renunciar ahora a esta idea.

Para justificar tal cambio no podemos siquiera recurrir a la autoridad de Bentham y a todas sus afirmaciones sobre la codificación y a su desconfianza en los jueces. El filósofo inglés tenía una filosofía imponente –el utilitarismo– que, al menos desde su propio punto de vista, serviría para insistir en el hecho de que los legisladores diseñan reglas que no contienen términos morales abstractos, sino que apenas estipulan las prohibiciones, soluciones y castigos que un juez aplicará a los actos particulares mediante un cálculo utilitario bien realizado. El utilitarismo es sólo otra postura filosófica controversial y además poco atractiva. A menos que deseemos acogerla, o a alguna otra forma reduccionista de consecuencialismo, no debemos tratar de eliminar los juicios de las reflexiones de nuestros jueces sobre lo que requiere la justicia consagrada en el derecho en casos individuales.

VI. Actitud filosófica y profundidad filosófica

Volvamos al comienzo de este ensayo. Nuestra legislación requiere que los jueces tomen decisiones sobre cuestiones que han sido estudiadas con gran cuidado por diferentes tipos de filósofos pertenecientes a diversas escuelas, y no podemos pensar en ningún cambio aceptable en nuestras expectativas hacia los jueces, o en la estructura o el carácter de nuestro derecho, que modifiquen tal hecho.

Debemos examinar ahora, entonces, la segunda parte del dilema que expuse (*¿pueden* los jueces ser filósofos?) Tenemos que poner mucho cuidado, al responder esta

pregunta, para evitar cualquier caricaturización de lo que esto significaría. Sería absurdo sugerirle a los jueces que pidieran permiso para ausentarse de su trabajo con el objetivo de obtener Doctorados (Ph.D.) en Filosofía, y que luego, a su regreso al tribunal, redactaran todas sus sentencias, o al menos las más importantes, de tal forma que pudieran ser publicadas en revistas especializadas en filosofía. Nada similar a esto ocurrió, sin embargo, cuando los jueces fueron más conscientes de la importancia de la economía formal en el análisis jurídico. Los jueces no se volvieron expertos en el estado del arte de la econometría o del análisis matemático del comportamiento económico y, sin embargo, sus opiniones fueron más sensibles y sofisticadas en aspectos económicos.

No necesitamos pedirle más a la filosofía. ¿Pero qué podría dar cuenta de una creciente sensibilidad sobre el tema? Para empezar, los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión, y sería un error pensar que nuestra legislación, nuestra historia o nuestra cultura, han acordado unánimemente en una consideración que está, por lo tanto, disponible para el uso de los jueces, sin ningún análisis adicional. Los jueces deben entender que los convenientes atajos que acabamos de considerar (intuicionismo y pragmatismo, así como el formalismo) son ilusiones, por lo que tienen que elegir entre los principios rivales que están disponibles para explicar los conceptos constitucionales, y tienen igualmente que estar listos para presentar y defender las elecciones que tomen. Estos podrían parecer sólo avances limitados, pero de todos modos serían muy importantes.

¿Qué podríamos esperar razonablemente más allá de eso? Debemos tener la esperanza de que acontezca un cambio en nuestras bases culturales que determine lo que los jueces –y, en general, los abogados– deben considerar como relevante en los argumentos jurídicos. Las bases culturales han aceptado la economía y, particularmente en el caso del derecho constitucional, la historia constitucional y política. Los abogados entienden que no sólo se les permite, sino que están obligados, tanto a estudiar estas disciplinas con la expectativa de encontrar argumentos útiles en respaldo de las posiciones que toman, como a presentar en el tribunal cualquiera de los argumentos que encuentren. De la misma forma, la cultura debe acoger y destacar la relevancia del material filosófico pertinente. Los abogados que debaten en torno a la correcta comprensión de la cláusula de igual protección, por ejemplo, deben animarse a construir y distinguir las concepciones de igualdad, y a discutir las razones en virtud de las cuales una concepción más que otra es la correcta para

entender la fuerza de la cláusula. No quiero decir que ellos o los jueces a quienes se dirigen deben citar o copiar los argumentos de algún filósofo en particular. Los abogados entrenados de forma correcta tienen la capacidad de establecer sus propios argumentos filosóficos, los cuales pueden ser muy diferentes de aquellos presentados por un filósofo académico, y los jueces, por su parte, pueden valorar esos argumentos sin tenerse que sujetar a la concepción de un filósofo determinado. Sin embargo no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar. Podríamos pensar en un juez constitucional descuidado y despreocupado que no tuviera una comprensión mínima de los principales historiadores de la Convención Constitucional y de las enmiendas de la Guerra Civil. ¿Por qué no debemos insistir también en que los jueces constitucionales estén enterados de las obras de John Rawls o Herbert L.A. Hart, por ejemplo? Por supuesto que no quiero decir que los jueces deben considerarse ellos mismos como sus discípulos, quiero decir exactamente lo contrario: que deben tener una comprensión suficiente del trabajo de los principales filósofos en las ramas pertinentes de la filosofía para estudiarlos críticamente.

Debo repetir, sin entrar en mayores detalles, que no estoy suponiendo que algún incremento de la sofisticación judicial respecto a la filosofía eliminaría la controversia entre los jueces. ¿Cómo podría darse esto si los mismos filósofos discrepan tan dramáticamente entre ellos mismos? Pero sí puede reducir la controversia. Es una historia bien conocida que algunos magistrados de la Suprema Corte que fueron nombrados porque eran auténticos y, por lo tanto, seguros conservadores, tales como Earl Warren, William Brennan o David H. Souter, resultaron ser más liberales de lo esperado, y que algunos nombrados porque eran genuinos liberales, como Felix Frankfurter, resultaron ser conservadores en sus opiniones judiciales. La reflexión filosófica pone a prueba los supuestos endebles y, por lo tanto, es más probable que produzca un mayor número de cambios que cualquier otro tipo de reflexiones. No estoy promoviendo una mayor sofisticación filosófica porque eliminará o reducirá la controversia, sino porque la hará más respetable o, al menos, más iluminada. ¿Cómo no puede ayudar si cuando los jueces discrepan sobre lo que es realmente la democracia, son conscientes de las dimensiones filosóficas de su desacuerdo y tienen alguna familiaridad con las ideas de las personas que han dedicado mucho tiempo y paciencia a depurar la controversia? Como mínimo, debe ayudarles y ayudarnos a entender sobre lo que realmente están discrepando.

VII. Filosofía y educación jurídica

Estoy hablando como si nada de lo que espero ver existiera aún, y eso es incorrecto. Hay ya un mayor consenso en torno a la necesidad de lograr una mayor sofisticación filosófica respecto del que solía haber, tanto entre abogados y jueces, como en la educación jurídica en general. Los magistrados de la Suprema Corte, Stephen G. Breyer y John Paul Stevens, para nombrar dos conspicuos jueces, han citado filósofos en sus sentencias en años recientes. Hay filósofos académicos profesionales en las principales facultades de derecho norteamericanas, incluyendo las universidades de New York, Yale y Chicago. Las principales facultades ofrecen cursos de filosofía jurídica como parte integral de su plan de estudios, y tales cursos están generalmente mucho más integrados con la filosofía general de lo que solían estar.

Si la profesión va a crecer y a evolucionar constantemente más consciente de la importancia de la filosofía en las decisiones judiciales, la presencia de este asunto en la educación jurídica tiene que incrementarse. Debe haber más cursos introductorios y avanzados en filosofía política y moral sustantiva en más facultades de derecho. Sin embargo, la educación jurídica se encuentra atestada de cursos: hay ya demasiado para tres años, lo que significa que muchos estudiantes no se sentirán capaces de aprovechar la oportunidad de tomar las materias filosóficas electivas que se ofrecerían. Pero también las facultades de derecho deben procurar introducir a la filosofía dentro de los cursos jurídicos más básicos. Un curso sobre responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, formaría a los estudiantes más en las teorías filosóficas rivales sobre la responsabilidad moral del daño, tal como en las teorías económicas rivales sobre las consecuencias de la responsabilidad jurídica extracontractual en los costos totales de los accidentes. En las clases de derecho constitucional deben estudiarse diferentes concepciones de la democracia y de los diversos roles que la comprensión de las ideas sobre libertad, igualdad y justicia social, juegan en la interpretación constitucional.

No tengo la menor duda de haber ofendido a muchos abogados en esta defensa de la filosofía, y ahora me arriesgo a ofender a los filósofos también. Desde mi punto de vista, no sólo la filosofía política y moral sustantiva son temas apropiados para incluir, de diferentes formas, en los planes de estudio de las facultades de derecho, sino que estimo que las facultades de derecho pueden ser un *mejor* lugar para realizar tales estudios que cualquier otra facultad en las universidades, incluyendo las de filosofía. Esto porque en un contexto jurídico entendemos particularmente bien las verdaderas implicaciones de diferentes principios morales y políticos: nos deshacemos de las improntas o marcas de muchos cursos de filosofía (historias

fantásticas sobre carruajes fugitivos que podrían matar a dos o a veinte personas atadas a diferentes secciones de un riel) y consideramos las cuestiones morales en contextos reales y abstractos, tales como, para citar un ejemplo, la economía farmacéutica que involucra los intereses investigativos y comerciales con el dolor en la vida corriente. No hay oportunidad para el imperialismo territorial en esta materia: las cuestiones morales han sido estudiadas con una maravillosa delicadeza en casi todas las áreas académicas, desde la poesía a la medicina. Pienso, sin embargo, que llevar a los filósofos a las facultades de derecho y animarlos a reflexionar y a enseñar junto con los abogados, es algo particularmente fructífero para ambas disciplinas.

VIII. Para finalizar

He estado escribiendo sobre el poder de las ideas, y sería adecuado, o casi, terminar recordando la exhortación del poeta alemán Heinrich Heine, quien nos advirtió que ignoramos a nuestro propio riesgo el poder que tienen las ideas filosóficas para cambiar la historia. Pero en realidad quiero concluir con la que considero una expresión más actual, porque puedo resumir mi consejo a mi profesión, y particularmente a los jueces, en dos frases que espero muestren una fuerza en la actualidad: sean sinceros y sean realistas [*Come Clean and Get Real*]. Sean sinceros respecto al papel que los conceptos filosóficos realmente juegan, tanto en el diseño general como en los exquisitos detalles, de nuestra estructura jurídica. Sean realistas sobre el duro trabajo que afrontarán para cumplir la promesa de esos conceptos.